

Vergaberecht und UWG

RA Mag. Gregor Stickler

Forum Wettbewerbsrecht 2012

27.11.2012



Einleitung

- Lauterkeitsrechtliche Ansprüche können auch auf Grund einer Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften bestehen („**Zweispurigkeit**“).
(vgl. OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v – *Wasserwelt Amadé*, EBRV BVergG 2006)
- ... gegen **Mitbewerber**: bei offensichtlicher Vergaberechtswidrigkeit
(OGH 23.5.2000, 4 Ob 232/00x – *cook and chill*)
- ... gegen **Auftraggeber**: auf Grund der Förderung fremden Wettbewerbs
(OGH 29.01.2002, 4 Ob 20/02y – *Chipcard II*)



§ 341 Abs 2 BVergG 2006

- Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn **zuvor eine Feststellung** der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass
 - der Zuschlag auf Grund eines Vergaberechtsverstoßes **nicht dem besten Angebot erteilt** wurde,
 - die Durchführung eines **Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig** war
 - etc.
- Dies gilt auch für ... **Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb**. Das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind an eine solche Feststellung gebunden.



§ 341 Abs 2 BVergG 2006

- **„Vorrang des vergaberechtlichen Rechtsschutzes“** -
Zweck:
 - Vermeidung der Gefahr widersprechender Entscheidungen
 - Rechtssicherheit

„Klage auf Unterlassung vergaberechtswidrigen und zugleich auch wettbewerbswidrigen Verhaltens ist daher nur zulässig, wenn die ... Vergabekontrollbehörde zuvor einen Verstoß gegen das BVergG festgestellt hat.“(EBRV)
- **Beschränkung der Aktivlegitimation** für lauterkeitsrechtliche Ansprüche ... **mit unklarer Reichweite**



Vergaberechtliches Rechtsschutzsystem vor 10 Vergabekontrollbehörden

- **Nachprüfungsverfahren vor Zuschlagserteilung**
BVergG: §§ 320 – 327
- **Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung**
BVergG: §§ 331 – 335



Nachprüfungsverfahren

§§ 320 ff BVergG

- Anfechtung einer „gesondert anfechtbaren Entscheidung“ des Auftraggebers, z.B. „Ausschreibung“, „Wahl des Vergabeverfahrens“
- Voraussetzungen insbes.:
 - Interesse am Abschluss eines Vertrages
 - (drohender) **Schaden** durch behauptete Rechtswidrigkeit
 - Rechtswidrigkeit „von wesentlichem Einfluss“
- **Folge: Nichtigkeitserklärung** der angefochtenen „Entscheidung“
- Fristen
 - grds. **10 Tage** ab Absendung der Entscheidung (uU 15 Tage / 7 Tage)
 - Direktvergabe: 7 Tage ab (möglicher) Kenntnis
 - Anfechtung der Ausschreibung: bis 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist



Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung

§§ 331 ff BVergG

- Ein Unternehmer, der Interesse am Abschluss des Vertrages hatte und dem durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder droht, kann die **Feststellung beantragen, dass**
 - der Zuschlag auf Grund eines Vergaberechtsverstoßes nicht dem besten Angebot erteilt wurde,
 - die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war
 - etc.
- § 332 Abs 5 BVergG – „**Geltendmachungspflicht**“
 - Ein Antrag auf Feststellung ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß **im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können.**



Feststellungsverfahren nach Zuschlagserteilung

§§ 331 ff BVergG

- **Fristen**
 - idR spätestens **6 Wochen** (in bestimmten Fällen **30 Tagen**) ab dem Zeitpunkt der **(möglichen) Kenntnis** (des Zuschlags, Widerrufs, der Ausschreibung, der rechtswidr. Wahl des VV etc.)
 - längstens jedoch innerhalb von **6 Monaten nach Zuschlag (absolute Frist)**
- **Rechtsfolge** einer „Feststellung“
 - öffnet den zivilrechtlichen Rechtsweg
 - In bestimmten Fällen: Nichtigerklärung des Vertrages oder Verhängung einer Geldbuße (insbes. bei rechtswidriger Durchführung eines Verfahrens ohne Bekanntmachung)



Charakteristika des Rechtsschutzsystems I

1. Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes

(z.B. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria*)

- „die Mitgliedstaaten sind nach ... der Richtlinie ... verpflichtet, wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet werden.“

2. Raschheit des Verfahrens: Über Anträge ist unverzüglich, spätestens sechs Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

3. Hohe Verfahrenskosten abhängig vom (geschätzten) Auftragswert, zB:

- DL-Auftrag mit Auftragswert über EUR 4 Mio.: Pauschalgebühren EUR 18.000,- (Nachprüfungsantrag: EUR 12.000,- und eV: EUR 6.000,-)
- Bauauftrag über EUR 100 Mio.: Pauschalgebühren: **EUR 54.000,-** (EUR 36.000,- plus EUR 18.000,- für eV)



Charakteristika des Rechtsschutzsystems II

- Das Rechtsschutzsystem des BVerfGG gewährt nur „eine Chance“
- **Präklusion** rechtswidriger Entscheidungen
 - VwGH 27.6.2007: „*Allfällige Mängel der Ausschreibung, womit ... auch (fundamentale) Rechtswidrigkeiten erfasst sind, die das gesamte Verfahren mit Gemeinschaftsrechtswidrigkeit belasten, die nicht innerhalb der im Bundesvergabegesetz ... vorgesehenen Fristen angefochten werden, werden daher unanfechtbar und sind damit als geheilt anzusehen.*“
- „**Geltendmachungspflicht**“
 - Antrag auf Feststellung ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß **im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können** (§ 332 Abs 5)
- „**Rettungspflicht**“
 - Kein Anspruch auf Ersatz der Teilnahmekosten, wenn der Geschädigte den Schaden ... durch **Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.** (§ 337 Abs 2)



Charakteristika des Rechtsschutzsystems III

- **Keine Antragslegitimation bei Ausscheidung:**

*„Ein Bieter besitzt **nur dann Antragslegitimation** zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung, wenn **sein Angebot für den Zuschlag in Betracht kommt.**“*

- ... auch wenn keine Ausscheidung erfolgt, aber **zwingender Ausscheidungsgrund** vorliegt (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095)
- ... auch, wenn **alle anderen Bieter auszuschneiden wären** (keine Durchsetzbarkeit des zwingenden Widerrufs) (VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200)



§ 341 Abs 2 BVergG 2006

- Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn **zuvor eine Feststellung** der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass ...
- Dies gilt auch für ... Ansprüche sowie für **Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb**. Das Gericht und die Parteien des Verfahrens vor dem Bundesvergabeamt sind an eine solche Feststellung gebunden.



OGH Entscheidung 1: „Westbahn“

OGH 09.08.2011, 4 Ob 100/11a

- UWG Unterlassungsanspruch wg. **rechtswidriger Direktvergabe** des Betriebs der Westbahnstrecke gegen Republik.
 - Missbrauch der wirtschaftlichen Machtstellung der öff. Hand und Behinderung im Wettbewerb durch Diskriminierung und mangelnde Transparenz bei der Auftragsvergabe
- Republik: Unzulässigkeit d. Rechtsweges (§ 341 Abs 2 BVergG)
- OGH:
 - Klägerin standen bzw. stehen vergaberechtliche Rechtsschutzverfahren zur Verfügung.
 - Vergaberecht dient gerade dazu, solches Verhalten zu verhindern.
 - erstreckt sich auf alle Klagen, deren Gegenstand ein vom Vergaberecht erfasstes Verhalten des AG oder eines Mitbieters ist
 - anders ein „*anlässlich eines Vergabeverfahrens gesetztes Verhalten*“, das „*aus ganz anderen Gründen*“ gegen das Lauterkeitsrecht verstößt.



OGH Entscheidung 1: „Westbahn“

OGH 09.08.2011, 4 Ob 100/11a

1. Unzulässigkeit d. Rechtsweges nur, wenn Vergaberecht einen **Rechtsschutz** zur Verfügung stellt.
Hier („nicht prioritäre Dienstleistung“):
 - Nichtigerklärung zB: Wahl des Vergabeverfahrens, Auswahl der Unternehmer, mit denen verhandelt wird etc.
 - nach Vertragsabschluss: Feststellung § 341 Abs 2 Z 2

2. Unzulässigkeit d. Rechtsweges erstreckt sich auf
 - vom Vergaberecht umfasstes Verhalten von AG und Mitbieter
 - insbesondere Wahl des Vergabeverfahrens, Auswahl der einbezogenen Unternehmen, Erteilung des Zuschlags.
 - **Nicht:** Verhalten, das aus ganz anderen Gründen gg UWG verstößt (etwa wegen unzulässiger Übernahme fremder Leistungen) („**vergabefernes Verhalten**“)



OGH Entscheidung 2: „Papierservietten“

OGH 28.02.2012, 4Ob216/11k

- Klägerin und Beklagte nahmen an Ausschreibung teil.
 - Spezielle Produktspezifikationen (Altpapier, bedruckte Unterverpackung).
 - Bemusterung zwingend vorgesehen
- Klägerin klärte auf → ausschreibungswidriges Angebot wurde ausgeschrieben
- Beklagte legte **kein Muster** bei und **lieferte ausschreibungswidrige Servietten**
- Klage:
 - Vertragsbruch und Irreführung iSd § 1 Abs 1 Z 1 und 2 und § 2 UWG
 - „*die beanstandeten Handlungen verstießen nicht gegen das BVergG*“



OGH Entscheidung 2: „Papierservietten“

OGH 28.02.2012, 4Ob216/11k

- OGH wendet 341 Abs 2 grds. auch auf Unterlassungsansprüche gegen Mitbieter an, kommt hier jedoch aus zwei Gründen zur Zulässigkeit des Rechtsweges:
 1. „**vergabefernes Verhalten**“: irreführende Geschäftspraktik
 2. „**kein geeigneter Rechtsschutz**“

Angebot der Klägerin rechtskräftig ausgeschieden, daher nicht antragslegitimiert

*„Da das Vergaberecht für die Klägerin somit keinen geeigneten Rechtsschutz bereitstellt, ist § 341 Abs 2 BVergG 2006 **teleologisch zu reduzieren**, das heißt das Erfordernis eines Feststellungsbescheids ... **auf jene zu beschränken, die zur Einleitung vergaberechtlicher Feststellungs- oder Nachprüfungsverfahren legitimiert sind.**“*



OGH Entscheidung 2: „Papierservietten“

OGH 28.02.2012, 4Ob216/11k

- Liegt tatsächlich „**vergabefernes Verhalten**“: vor?
 - Beklagte hatte trotz Vorgabe kein Muster beigelegt
 - AG ist zur **Prüfung der Angebote** verpflichtet; hätte Mangelbehebungsverfahren durchführen müssen
 - Handelt es sich um eine „**irreführende Geschäftspraktik** ... durch *Legung eines Anbots, das dem ausschreibenden KAV als ausschreibungskonform erscheinen musste*“?
 - Entscheidender Punkt mE: **unvollständiges**, aber inhaltlich **ausschreibungskonformes** Angebot (objektiver Erklärungswert).
→ keine Vergabe- sondern Vertragswidrigkeit
 - „Schönheitsfehler“: Unvollständiges Angebot und mangelhafte Angebotsprüfung stellen **Verstoß gegen Vergaberecht** dar!



OGH Entscheidung 2: „Papierservietten“

OGH 28.02.2012, 4Ob216/11k

- **Vergaberechtswidrigkeiten:** Unvollständiges Angebot, ggf. auch Abweichung von den Produktspezifikationen
- Stellt das Vergaberecht einen „**geeigneten Rechtsschutz**“ zur Verfügung?
 - Mitbewerber (Kläger) hätte Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung stellen können ...
 - ... wenn ihm Zuschlagsentscheidung zugestellt worden wäre
 - ... wenn er selbst ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hätte
- Stellt OGH tatsächlich darauf ab, ob **im konkreten Fall** Antragslegitimation bestanden hat?



OGH „Papierservietten“ - Antragslegitimation

- vergaberechtliche Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren stehen nicht zur Verfügung
 - ... weil Angebot ausgeschieden wurde (ggf. auch: auszuschneiden gewesen wäre / alle Angebote auszuschneiden waren)
 - ... weil Frist versäumt wurde
 - ... weil kein Angebot gelegt wurde
 - ... weil Unternehmer sich nie am Vergabeverfahren beteiligt hat ...



OGH „Papierservietten“ - Antragslegitimation

- **Konsequenzen:**

- in vielen Fällen „**Wahlmöglichkeit**“ für Unternehmer,
- „**Geltendmachungspflicht**“, strenges **Fristenregime** werden untergraben
- Zivilgerichte hätten vergaberechtliche Rechtsfragen zu prüfen

→ UWG würde die „zweite Chance“ einräumen, die der vergaberechtliche Rechtsschutz verweigert

- Gefahr widersprechender Entscheidungen?
- Rechtssicherheit?



These:

- 341 Abs 2 führt immer **dann zu einer Unzulässigkeit des Rechtsweges, wenn**
 - das betreffende Verhalten in einem Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren überprüft werden kann bzw. hätte werden können
 - „abstrakter Maßstab“ – es kommt also nicht darauf an, ob Unternehmer am Vergabeverfahren tatsächlich teilgenommen hat, sondern ob er die Möglichkeit dazu gehabt hätte
 - Ausnahmen ggf. dort, wo Vergaberecht keinen effektiven Rechtsschutz gewährt



SCHRAMM ÖHLER
RECHTSANWÄLTE

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

RA Mag. Gregor Stickler

Schramm Öhler Rechtsanwälte

kanzlei@schramm-oebler.at

www.schramm-oebler.at

Bartensteingasse 2, A-1010 Wien

Tel. +43/1/409 76 09